

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'arrêt Google contre Copiepresse et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet, note sous Bruxelles (9ech.), 5 mai 2011

de Francquen, Amélie

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

de Francquen, A 2011, 'L'arrêt Google contre Copiepresse et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet, note sous Bruxelles (9ech.), 5 mai 2011', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 44, p. 35-74.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Note d'observations¹

L'arrêt *Google contre Copiepresse* et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet

La cour d'appel de Bruxelles confirme par son arrêt du 5 mai 2011 la décision du président du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Google contre les sociétés de gestion Copiepresse, SAJ et Assuocopie*².

En février 2007, Google a été condamnée à retirer de son site Google News et de la fonction «cache» du moteur de recherches tous les articles et les images des auteurs dont les demanderesse représentent les ayants droit³. Le président du tribunal avait décidé que Google violait la loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins («LDA») et qu'elle ne pouvait se prévaloir d'aucune exception au droit d'auteur.

La décision de première instance a fait grand bruit, elle a été largement publiée et commentée⁴. Nous avons pris le parti de

renvoyer à ces nombreux commentaires pour un rappel de la procédure et pour la description des acteurs et des technologies en jeu. Nous renvoyons également à ces articles tant pour le raisonnement juridique sur le fond du litige, puisque l'arrêt reprend majoritairement les arguments de la motivation de première instance en les complétant⁵, que pour une

High Court of Brussels, 13 February 2007», *Computer Law & Security Report*, 2007, n° 23, pp. 290 à 293; C. O. LEFEBVRE, note d'observations sous Civ. Bruxelles (cess.), 13 février 2007, *R.D.T.I.*, n° 28, 2/2007, pp. 246 et s.; C. MORLIERE, «Les articles de presse à l'ère du numérique - Le cas de Google Actualités», *I.R.D.I.*, 2004, pp. 7 et s.; A. STROWEL, «Google et les nouveaux services en ligne: Quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle?», in A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE (dir.), *Google et les nouveaux services en ligne. Impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 36; A. STROWEL, *Quand Google défie le droit. Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 68 et s.; J.-P. TRIAILLE, «Editorial: Copiepresse c. Google», *R.D.T.I.*, n° 26, 2006, p. 251; M. TURNER et D. CALLAGHAN, «You can look but don't touch! The impact of the Google v Copiepresse Decision on the Future of the Internet», *E.I.P.R.*, 2008, n° 1, pp. 34 à 38; P. VAN DEN BULCK, «Google "Actualités": l'adaptation belge de la défaite de Goliath», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, décembre 2006, n° 22, pp. 12 à 15; P. VAN DEN BULCK, «Copiepresse contre Google: les limites du caching?», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2007, n° 26, pp. 67 à 70; B. VAN ASBROECK et M. COCK, «Belgian newspapers vs. Google News: 2.0», *J.I.P.L.P.*, 2007, pp. 463 à 466; G. VANDENDRIESSCHE, «Internet-zoekmotoren en onlinekranten: "The page cannot be found"?», *R.D.C.*, 4/2007, pp. 394 à 410; D. VOORHOOF, «Slecht nieuws voor Google News», *A&M*, 2007/1-2, pp. 120 et s.; D. VOORHOOF, «Google News: informatievrijheid vs. auteursrecht?», *Mediaforum*, 2007/3, pp. 81-84.

¹ Amélie de Francquen. Assistante aux F.U.N.D.P. et avocate au barreau de Bruxelles (De Wolf & Partners). L'auteure remercie Alexandre Cruquenaire et Romain Robert pour leurs commentaires.

² Civ. Bruxelles (cess.), 13 février 2007, *cette revue*, n° 28, 2/2007, pp. 221 à 245, note d'observations C. O. LEFEBVRE.

³ Copiepresse représente les éditeurs belges de presse francophone et germanophone, la S.A.J. représente les journalistes et Assuocopie représente les auteurs scolaires, scientifiques et universitaires.

⁴ C. COLIN et A. DE FRANQUEN, «Droit d'auteur et internet», *Chronique de jurisprudence, R.D.T.I.*, n° 35, 2/2009, pp. 41 et 42; S. DUSOLLIER, «Le géant aux pieds d'argile: Google News et le droit d'auteur», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, avril 2007, n° 26, pp. 70 à 75; J. JACOB et L. DUMONT, «Google face aux éditeurs de la presse belge», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, novembre 2006, n° 21, pp. 15 et 16; Ph. LAURENT, «Brussels High Court confirms Google News ban – Copiepresse SCRL v. Google Inc. – Prohibitory injunction/stop order of the President of the

⁵ La cour réforme cependant la décision de première instance sur la question de la portée de l'ordre de cessation. L'ordonnance est restreinte aux sites

analyse des impacts de l'arrêt sur l'exploitation des œuvres sur Internet, cela ayant été déjà abondamment traité. Tout comme en première instance, la motivation de l'arrêt sur le fond nous paraît convaincante et conforme aux règles de droit d'auteur.

La surprise de cet arrêt réside selon nous dans le nouveau moyen invoqué par Google. La société américaine a soutenu l'application de la loi américaine. Nous nous concentrerons dès lors dans le présent commentaire sur la question du choix de la loi applicable; c'est en effet le seul point de droit qui se pose dans cette procédure d'appel et qui n'avait pas été abordé en première instance. La compétence des tribunaux belges n'a quant à elle pas été contestée par l'appelante.

La question du droit applicable constitue certainement l'enjeu le plus important du litige. Face au droit belge qui ne lui offre pas d'autre possibilité que de conclure un accord avec les auteurs et les éditeurs, Google invoque l'application du droit américain, potentiellement plus favorable à ses intérêts. La loi américaine prévoit en effet une exception que la LDA ne contient pas, le bien connu «*Fair use*» (paragraphe 107 du *Copyright Law of the United States*)⁶.

Depuis longtemps, les conflits de lois en matière d'exploitation des œuvres sur Internet alimentent les débats doctrinaux. En matière

de droit d'auteur, l'arrêt commenté constitue l'une des premières décisions belges rendue sur un conflit de lois sur Internet⁷. Les cours et tribunaux français se sont par contre déjà prononcés sur la question dans trois affaires, qui elles aussi ont été très médiatisées. On verra dans cette note que les solutions offertes par les juges ont eu tendance à évoluer (point 3.).

Le présent arrêt de la cour d'appel de Bruxelles arrive à désigner la loi applicable selon un raisonnement quelque peu différent de celui retenu par la jurisprudence française⁸. Il va livrer une analyse largement documentée des paragraphes 2 et 3 de la Convention de Berne (point 2.). La cour va rejeter la thèse de Google et de la sorte éviter les dérives auxquelles aurait pu mener l'application des enseignements de l'arrêt *Lamore* de la Cour de cassation française (point 1.)⁹.

1. LA THÈSE DE GOOGLE : LA LOI DU PAYS OÙ LA PROTECTION EST RÉCLAMÉE

Afin de voir appliquer le droit américain au litige, Google choisit comme critère de rattachement le lieu du fait générateur de l'atteinte au droit d'auteur. Google soutient avoir inséré les pages litigieuses sur ses serveurs aux États-Unis, ce qui justifierait, selon elle, l'application de la loi américaine.

«Google.be» et «Google.com», dès lors que la loi belge n'a pas vocation à régir les infractions commises dans le monde entier (on peut s'interroger sur la pertinence de cette restriction). L'ordonnance n'est en outre pas applicable au quotidien *L'Echo*, qui a donné son autorisation pour la reproduction de ses articles sur Google News.

⁶ Nous n'analyserons pas dans ce commentaire la question de savoir si le *fair use* aurait pu être invoqué dans le cas d'espèce dans l'hypothèse où la loi américaine serait applicable. Sur la notion de *fair use*, voy. P. EL KHOURY, *Le Fair Use et le Fair Dealing – Étude de droit comparé*, Thémis, Montréal, 2007, 234 p.

⁷ Une décision belge abordant un conflit de lois sur Internet en matière de vie privée et de droit des marques: Comm. Liège, 24 novembre 2006, R.G. n° 0899/55, www.droit-technologie.org. La loi belge a été choisie sur la base des articles 93 et 99 du Code de droit international privé du 16 juillet 2004.

⁸ Paris, Pôle 5, chambre 1, 26 janvier 2011, R.G. n° 08/13423 (*S.A.I.F. c. Google*), www.legalis.net; Paris, Pôle 5, chambre 2, 4 février 2011, R.G. n° 09/21941 (*Google c. Auféminin.com et autres*), www.legalis.net; TGI Paris (3^e ch., 2^e sect.), 18 décembre 2009, R.G. n° 09/00540 (*Editions du Seuil c. Google*), www.legalis.net.

⁹ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 30 janvier 2007, n° 03-12.354 F P+B, *Lamore c. Universal City Studios Inc.*

Ce critère de rattachement est basé sur l'article 5 (2) de la Convention de Berne qui prévoit que «l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée». L'article 5 (2) est souvent décrit par la doctrine comme contenant notamment une règle de conflits de lois désignant la *lex loci protectionis*, à savoir la loi du pays de protection¹⁰. Pour d'autres auteurs cependant, la Convention de Berne n'établit guère de règle de conflit de lois, l'article 5 (2) aurait seulement pour effet de déterminer le champ d'application de la Convention et de garantir l'application du traitement national aux étrangers¹¹. La *lex loci protectionis* est traditionnellement entendue comme étant la loi du pays dans lequel une protection est appelée à produire ses effets¹² ou encore celle du pays de l'exploitation supposée contrefaisante¹³.

Faisant référence à l'arrêt *Lamore* de la Cour de cassation française¹⁴, Google interprète le principe de la *lex loci protectionis* comme

renvoyant à la loi du pays sur le territoire duquel les agissements délictueux se sont produits, soit la *lex loci delicti*¹⁵. L'arrêt *Lamore* décide en effet que: «la législation du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, l'obligation à réparation n'étant que la conséquence éventuelle de ceux-ci».

L'argument de Google fait écho à l'interprétation qui avait été donnée dans la décision du tribunal de grande instance de Paris le 20 mai 2008¹⁶. Cette décision a été critiquée par la doctrine¹⁷ et ensuite infirmée par la cour d'appel de Paris (*cf.* point 3.1.1.)¹⁸.

2. LE CHOIX DE LA COUR: LA LOI BELGE QUAND LE PAYS D'ORIGINE EST LA BELGIQUE

Dans l'arrêt commenté, la cour d'appel de Bruxelles rejette, et ce de manière circonstanciée, l'application de la loi américaine invoquée par Google. Elle écarte le raisonnement de l'arrêt *Lamore* pour les faits en cause. Elle choisit de ne pas appliquer l'article 5 (2) de la Convention de Berne, mais bien l'article 5 (3) qui mène à l'application de la loi belge (point 2.1.). Elle fait également un détour par le règlement Rome II (point 2.2.).

¹⁰ A. CRUQUENAIRE, «La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives», *A&M*, 3/2000, p. 212; B. DOQUIR, «Le titulaire du droit d'auteur. Étude de conflits de lois», *Ing.-cons.*, n° 5, 2003, n° 3, p. 409; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, 3^e éd., n° 1312, p. 952; B. VAN ASBROECK et M. COCK, «La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique», in E. CORNU (dir.), *Bande dessinée et droit d'auteur*, Larcier, 2009, p. 193. Voy. également une étude approfondie de la question dans la thèse de N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 508 et s.

¹¹ M. VAN EECCHOUD, *Choice of law in copyright and related rights*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, Information Law Series n° 12, pp. 95 et s.; Y. GAUBIAC, «La Convention de Berne, encore méconnue», *Communication - Commerce électronique*, 2008, n° 22, p. 14.

¹² F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 791, p. 632.

¹³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1307, pp. 947 et n° 1315, p. 955.

¹⁴ Cass. fr., 30 janvier 2007, *op. cit.*

¹⁵ A. SINGH, «"Google Books": morceaux choisis», *Revue Lamy droit de l'immatériel*, n° 57, février 2010, p. 7.

¹⁶ TGI Paris, 20 mai 2008, *R.D.T.I.*, n° 33, 2008, pp. 501 et s., note d'observations J. GINSBURG (à propos de Google Image).

¹⁷ Notamment: Y. GAUBIAC, «La Convention de Berne, encore méconnue», *op. cit.*, n° 22, pp. 12 à 18; J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *R.D.T.I.*, n° 33, 2008, pp. 508 à 520.

¹⁸ Paris, 26 janvier 2011, *op. cit.*

2.1. Une analyse des paragraphes 2 et 3 de l'article 5 de la Convention de Berne

2.1.1. Rejet de l'application de l'article 5 (2)

Selon la cour, les faits des deux affaires *Lamore* et *Google-Copiepresse* ne sont pas comparables. Dans l'affaire *Lamore*, l'auteur était américain, avait publié ses œuvres aux États-Unis et réclamait leur protection en France. Dans la présente affaire, les auteurs et éditeurs ont publié leurs œuvres en Belgique et s'opposent à leur diffusion non autorisée en Belgique devant la justice belge.

Dans une telle situation, la cour décide que la protection est régie par la loi belge. En effet, l'article 5 (3) de la Convention dispose que : « La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale ». Il en découle que si le pays d'origine est la Belgique, la protection est réglée par le droit belge et pas par la Convention de Berne¹⁹.

Ce n'est donc pas l'article 5 (2) de la Convention de Berne invoqué par Google qui contient le principe de la *lex loci protectionis* qui s'applique en l'espèce. Ce paragraphe traite de la protection des droits des auteurs en dehors de leur pays d'origine. L'article 5 (3) concerne quant à lui les droits garantis dans le pays d'origine. La cour relève que cela est confirmé par le titre de l'article 5.

La cour d'appel va tout de même approfondir le critère de rattachement choisi par l'intimée en application de l'article 5 (2) de la Convention qu'est le lieu de l'acte illicite, bien qu'elle le rejette en l'espèce.

De longue date, les thèses divergent en doctrine à propos de la détermination de la loi du pays où la protection est demandée. Elles oscillent entre le choix du pays d'émission de la contrefaçon et du (des) pays de sa réception par le public, les auteurs plaissant pour une application cumulative, alternative ou encore subsidiaire de ces critères de rattachement²⁰.

La cour décide que « l'acte illicite est commis lorsque les œuvres protégées sont diffusées en Belgique sur le site Google.be, peu importe si elles ont été "injectées" automatiquement par des robots, prétendument situés à l'étranger ». La cour d'appel consacre donc la thèse du pays de réception²¹. Elle se réfère pour motiver son choix à une note de Jane Ginsburg publiée dans la présente revue²². Ce qui compte selon l'auteure américaine est la réception de la

²⁰ A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia. Droit belge, droit européen, droit comparé*, Bruylant/Kluwer, Cahier du Crid, Story Scientia, Bruxelles/Namur, 1997, n° 512, pp. 382 et s.; J.-S. BERGÉ, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques. Le point de vue d'un juriste français*, rapport remis au ministère de la Culture et de la Communication, septembre 1999; J. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*, exposé à l'O.M.P.I., 16 au 18 décembre 1998; A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, exposé à l'O.M.P.I., Genève, 16 au 18 décembre 1998; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, pp. 218 et s.; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n°s 1173 et s., pp. 824 et s.

²¹ La cour va tout de même prendre en considération un peu plus loin dans l'arrêt le lieu de l'injection des œuvres (on serait alors en présence d'un délit complexe, voy. point 2.2.). Elle ne se dit cependant pas obligée de devoir prendre en compte ce lieu, selon elle, c'est une supposition (« à supposer que les actes préparatoires à la contrefaçon, à savoir l'injection des données dans le serveur de Google, doivent entrer en ligne de compte »).

²² J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI, Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, p. 510. Dans le même sens : A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 218.

¹⁹ La cour cite à cette occasion F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 609. Voy. aussi : F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n° 766, p. 612 et n° 771, p. 617; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1279, p. 930 et n° 1308, p. 948, *in fine*.

JURISPRUDENCE

copie par le consommateur local; si le site vise le public français, l'atteinte se localise en France. La cour illustre également sa décision par un extrait de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2011 (*Google Images*), sur lequel nous reviendrons ci-dessous²³.

Cette approche rappelle le recours à la notion d'«activité dirigée» du règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire (Bruxelles I)²⁴ et du règlement du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)²⁵. Ce critère de rattachement vise selon la doctrine «la présence sur le marché du pays de résidence du consommateur, ce qui implique une offre effective de produits ou services sur ce marché»²⁶. Il nous semble que la logique de la cour d'appel dans l'arrêt commenté est similaire au critère de rattachement utilisé pour les contrats conclus en ligne avec les consommateurs; dans les deux cas, l'exploitation de l'œuvre est située là où les services en ligne sont offerts, c'est-à-dire là où sont situés les consommateurs.

La Cour de justice dans son arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof* a dressé une liste non exhaustive d'indices susceptibles de démontrer l'existence d'une activité «dirigée vers» l'État membre du domicile du consommateur²⁷. Citons par exemple le fait pour un commer-

çant de recourir aux services d'un moteur de recherches afin de faciliter l'accès à son site à des consommateurs domiciliés dans différents États. De même, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau (par exemple «.be») autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi peut constituer un indice – éventuellement combiné avec d'autres – susceptible de démontrer la volonté d'un commerçant de démarcher les consommateurs belges.

En outre, l'approche de la cour d'appel est cohérente avec le raisonnement de la jurisprudence belge en matière de compétence judiciaire relative notamment à l'exploitation des marques sur internet. Nous pensons par exemple à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Liberty* à propos du site web d'une agence de voyages. La cour d'appel a reconnu que les activités de l'agence de voyages étaient effectuées depuis la Suisse (lieu du serveur), mais qu'il fallait prendre en compte la zone d'activités effective de l'agence (*in casu*, la Suisse). Bien que le site ait été enregistré en «.com» et soit donc mondialement utilisé, la cour retient comme élément de rattachement le lieu où est située la clientèle visée par le site. L'intimée ne s'adressait qu'à «une clientèle souhaitant voyager au départ de la Suisse et qu'en égard à la distance qui sépare la Suisse des pays du Benelux, il n'est pas raisonnable de penser qu'elle entend étendre sa clientèle aux personnes résidant sur le territoire du Benelux»²⁸. Dans une autre décision belge sur un litige lié à des paris sportifs en ligne, le tribunal fonde sa compétence sur le

²³ Paris, 26 janvier 2011, *op. cit.*

²⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, n° L 012 du 16 janvier 2001, pp. 1 à 23, art. 15 (1).

²⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.U.E.*, n° L 177 du 4 juillet 2008, p. 6. Voy. le considérant 24.

²⁶ A. CRUQUENAIRE, «Le Règlement européen sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I") dans le contexte du commerce électronique», *D.A. O.R.*, 2008/88, pp. 324 et 325.

²⁷ C.J.C.E., 7 décembre 2010, C-585/08 et C-144/09 (*Pammer et Hotel Alpenhof*).

²⁸ Bruxelles (9^e ch.), 2 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 338, note A. CRUQUENAIRE, «L'utilisation d'un signe sur l'internet constitue-t-elle un usage de la marque sur le territoire du Benelux?»; B. MICHAUX, E. CORNU et G. SORREAU, «L'attribution des noms de domaine en cas de concurrence entre titulaires de signes distinctifs», in *La protection des marques sur Internet*, Cahiers du Crid, 2007, n° 28, pp. 36 à 38.

lieu où le fait générateur produit ses effets à l'égard de la victime. Il décide que « le site de la partie défenderesse permet de parier sur les matches de football du championnat belge, ce qui démontre que le marché belge est bien ciblé par la défenderesse »²⁹.

La doctrine ne semble cependant aujourd'hui pas s'accorder sur le choix de la seule loi du pays de réception. En effet, pour André Lucas, en droit d'auteur, on ne peut faire abstraction du fait générateur pour déterminer la loi du pays de protection³⁰. Il s'agit de prendre en compte « le point de contact que constitue, dans le cas de la transmission numérique sur demande, l'acte déclenchant la mise en œuvre du droit exclusif »³¹.

Selon cet auteur, il faut admettre que « l'acte contrefaisant consiste dans le seul fait de mettre les (articles) numérisés à la disposition du public sur le réseau, indépendamment de la réception effective par les internautes »³². Bien qu'il reconnaisse que la solution de l'arrêt commenté soit opportune, l'auteur n'est pas convaincu par l'argument de la cour tiré de l'article 5.3 de la Convention de Berne. Selon lui, la règle générale à prendre en compte est celle désignée par l'article 5.2 qui correspond

à la loi du pays « pour lequel » la protection est réclamée³³.

Les auteurs semblent toutefois être d'accord sur le fait que la loi du fait générateur a comme désavantage de faire courir le risque d'une délocalisation des contrefacteurs vers des pays qui offrent une protection plus faible aux auteurs³⁴. Il « suffirait » aux exploitants de délocaliser leurs serveurs pour se voir appliquer un système juridique plus favorable. La cour d'appel de Bruxelles met d'ailleurs en garde contre cet écueil en déclarant que « privilégier la loi de l'injection peut conduire à décerner un brevet d'impunité au contrefacteur (...), ce qui est manifestement contraire au but recherché par la Convention de Berne ».

2.1.2. La préférence pour l'article 5 (3)

Le recours au paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention de Berne est pragmatique: lorsque l'auteur réclame la protection de son œuvre dans le pays d'origine de l'œuvre, le juge applique la loi nationale. La Convention de Berne définit la notion de « pays d'origine » comme notamment celui où l'œuvre a été publiée pour la première fois. Si l'œuvre n'a pas été publiée, le pays d'origine peut être le pays dont l'auteur est ressortissant³⁵.

La règle de l'article 5 (3) n'a jusqu'à présent pas encore eu de succès en jurisprudence. Seule la doctrine l'avait mis en avant, dont Jane Gins-

²⁹ Civ. Liège (réf.), 28 avril 2008, *J.L.M.B.*, 23/2008, p. 1015; B. DEGROOTE, « Droit international privé: questions de conflits de juridictions », in *Chronique de jurisprudence, R.D.T.I.*, n° 35, 2/2009, p. 168. Autre exemple: Liège (7^e ch.), 17 janvier 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 6.

³⁰ L'auteur a estimé que le choix d'un tribunal français n'était pas à l'abri de la critique, lorsqu'il ne tranchait pas entre la loi du fait générateur (États-Unis) et celle du lieu de la réalisation du dommage (France), mais qu'il préférerait s'en remettre à la loi du pays présentant le lien le plus étroit avec le litige. André LUCAS a tout de même estimé qu'en définitive le tribunal s'en était tiré avec beaucoup d'habileté. Nous reparlerons de cette décision française dans la suite de ce commentaire.

³¹ A. LUCAS, « La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *La semaine juridique*, n° 9-10, 1^{er} mars 2010, n° 247, p. 467.

³² A. LUCAS, « La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *op. cit.*

³³ Note sous Bruxelles, 5 mai 2011, A. LUCAS, *Propri. Intell.*, juillet 2011, n° 40, pp. 311 et 312.

³⁴ A. LUCAS, « La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur », *op. cit.*; J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, p. 514; A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 218; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n° 794, p. 637.

³⁵ Un résumé des hypothèses visées par l'article 5 (4) qui définit le « pays d'origine »: S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, University Press, vol. 1, 2^e éd., 2006, n° 6.54, p. 279.

JURISPRUDENCE

burg à qui la cour d'appel fait à nouveau référence³⁶. Généralement, le paragraphe 3 était pris en considération pour une autre règle qu'il contient qui est celle de l'assimilation de l'auteur étranger au national³⁷.

L'arrêt n'érige pas la *lex loci originis* comme règle générale de résolution des conflits de lois. Il constate qu'il n'y a en réalité pas de conflit de lois et que la Convention de Berne ne s'applique pas en l'espèce³⁸. Il ne ravive donc pas l'ancienne controverse entre les partisans de l'application exclusive de la *lex loci protectionis* et ceux de l'application cumulative avec la *lex loci originis*³⁹. Il consacre seulement l'application de la loi nationale dans le pays d'origine dans certaines circonstances, notamment quand l'œuvre a été publiée pour la première fois dans ce pays de l'Union.

Les articles de presse qui sont publiés en ligne peuvent être des copies des articles papiers, mais pas nécessairement⁴⁰. En effet, certains articles sont exclusivement publiés sur les sites internet des journaux par exemple. Ce type d'article peut-il être considéré, au même titre qu'une publication imprimée sur du papier, comme une œuvre publiée dans le pays d'origine au regard de la Convention de Berne? Examinons la question.

2.1.2.a. Les articles des journaux on line, des œuvres publiées?

La doctrine s'est montrée réticente, voire opposée, à considérer l'œuvre diffusée sur Internet comme une publication⁴¹.

Par «œuvre publiée», la Convention entend les «œuvres éditées avec le consentement de leurs auteurs, quel que soit le mode de fabrication des exemplaires, pourvu que la mise à disposition ait été telle qu'elle satisfasse les besoins raisonnables du public compte tenu de la nature de l'œuvre. Ne constituent pas une publication, la représentation d'une œuvre dramatique, dramatico-musicale ou cinématographique, l'exécution d'une œuvre musicale, la récitation publique d'une œuvre littéraire, la

³⁶ J. C. GINSBURG, «Conflict of Laws in the Google Book Search: A View From Abroad», 2 juin 2010, http://www.mediainstitute.org/new_site/IP/2010/060210_ConflictOfLaws.php (à propos de Google Book Search) et J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, p. 510. Voy. également: F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 609; S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.89, p. 310; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, pp. 498 et s.; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1308, p. 948, *in fine*.

³⁷ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.89, p. 310.

³⁸ *Contra*. Note sous Bruxelles, 5 mai 2011, A. LUCAS, *op. cit.*

³⁹ À ce sujet notamment: A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia. Droit belge, droit européen, droit comparé*, *op. cit.*, n° 512bis, pp. 384 et s.; A. CRUQUENNAIRE, «La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives», *op. cit.*, pp. 210 à 227; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, pp. 497 et s. (citant notamment G. KOUMANTOS, «Sur le droit international privé du droit d'auteur», *Il Diritto di Autore*, 1979, vol. 50 n° 2/3, pp. 616 à 637); A. PUTTEMANS, «Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé», *R.D.C.*, 2005/6, n° 20, p. 621.

⁴⁰ Nous parlerons dans cet article des «articles de presse» de manière générale, mais en réalité d'autres types d'œuvres sont visés et peuvent suivre le même raisonnement. Nous pensons par exemple aux photographies ou aux articles scientifiques (des auteurs représentés par Assuocopie).

⁴¹ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques. Le point de vue d'un juriste français*, *op. cit.*, pp. 43 à 46; A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, *op. cit.*, n°s 49 et 50, p. 15; A. CRUQUENNAIRE, «La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives», *op. cit.*, p. 220; B. DOCKIER, «Le titulaire du droit d'auteur. Étude de conflits de lois», *op. cit.*, p. 438; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1283, pp. 933 et 934; B. VAN ASBROECK et M. COCK, «La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique», *op. cit.*, p. 196.

transmission ou la radiodiffusion des œuvres littéraires ou artistiques, l'exposition d'une œuvre d'art et la construction d'une œuvre d'architecture»⁴².

Il a été proposé d'adapter cette définition à l'environnement numérique lors de la conférence de l'O.M.P.I. tenue à Genève en 1996⁴³. En effet, des pays pouvaient avoir des avis divergents sur le sens de cette disposition⁴⁴. Cette proposition n'a cependant pas été retenue. Certains ont conclu de l'absence de clarification de la définition que la notion de publication ne comprend pas l'acte de mise en circulation de l'œuvre sur Internet⁴⁵.

Or à notre sens, la définition d'«œuvres publiées» de la Convention de Berne même non modifiée pourrait couvrir la mise en ligne d'œuvres⁴⁶. Les articles des journaux sur

Internet seraient donc des «œuvres publiées» au sens de cette Convention.

Tout d'abord, pour définir la notion d'«œuvres publiées», la Convention utilise les termes d'«œuvres éditées» (traduits en anglais par «*works published*») ou encore de «publication». La doctrine est favorable à une interprétation de la notion de publication comme la «*présentation au public*» au sens large» qui devrait englober non seulement la publication au sens strict mais également la communication au public⁴⁷. On peut considérer que la mise en ligne par les éditeurs des articles constitue une telle présentation.

Les articles sont accessibles généralement gratuitement ou à condition d'avoir préalablement souscrit à un abonnement. Puisque l'«édition» ne couvre pas seulement la vente ou l'offre à la vente d'œuvres, le fait que la diffusion soit gratuite ne pose pas de problème car la distribution gratuite d'exemplaires devrait également être visée par la notion⁴⁸.

⁴² Article 3 (3) de la Convention de Berne. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 933, n° 1283.

⁴³ Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques, soumise à l'examen de la conférence diplomatique, O.M.P.I., Genève, CRNR/DC/4, 30 août 1996, p. 19, article 3 (1): «Lorsque des œuvres littéraires ou artistiques sont mises à la disposition du public par fil ou sans fil de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit, de sorte que des exemplaires de ces œuvres soient disponibles, les parties contractantes considèrent de telles œuvres comme des œuvres publiées, conformément aux conditions énoncées à l'article 3 (3) de la Convention de Berne».

⁴⁴ Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques, soumise à l'examen de la conférence diplomatique, op. cit., n° 3.07, p. 20.

⁴⁵ J.-S. BERGE, *La loi applicable à la circulation des œuvres de l'esprit sur les réseaux numériques. Le point de vue d'un juriste français*, op. cit., p. 45. De plus, selon cet auteur, la difficulté de localiser la publication sur Internet la rend inapte à être utilisée dans la définition (et donc l'identification) du pays d'origine.

⁴⁶ D'ailleurs, il ne ressort pas selon nous des comptes rendus analytiques de la conférence diplomatique de véritable objection à la proposition d'adaptation

de l'article 3 (3). L'Irlande dit notamment que «*the European Community and its Member States were not convinced of the need for Article 3 (...), and preferred not to expend valuable time on a discussion of those questions*». On apprend que certains pays sont en faveur de la modification de l'article 3, afin de clarifier la notion de publication dans le contexte numérique, comme par exemple les États-Unis. Mais on ne lit pas d'opposition à l'application de la notion à la publication numérique. Comptes rendus analytiques (Commission Principale I), Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, O.M.P.I., Genève, CRNR/DC/102, 26 août 1997, pp. 44 à 46.

⁴⁷ A. CRUQUENAIRE, «La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives», op. cit., p. 214, faisant référence à P. POIRIER, «Le droit d'auteur», in *Les Nouvelles*, «Droits intellectuels», Bruxelles, Larcier, 1936, n° 654; F. GASPARD, «Les notions d'œuvre publiée et de pays d'origine en droit d'auteur», *Ing.-Cons.*, 1956, p. 16.

⁴⁸ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n° 6.32, p. 263.

Bien que la définition d'« œuvre publiée » utilise l'expression « fabrication d'un exemplaire » qui renvoie à la conception d'une œuvre tangible, selon la définition de la Convention, cette fabrication peut se faire par n'importe quel mode⁴⁹. On en conclut que la fabrication peut se faire entre autres de façon digitale, de sorte que l'article de presse constitue un exemplaire fabriqué numériquement⁵⁰.

La condition de satisfaction des « besoins raisonnables » du public signifie qu'il doit y avoir suffisamment d'exemplaires mis à la disposition des lecteurs⁵¹. Les articles de presse sont diffusés sur Internet, certains sous condition d'abonnement. Ils sont accessibles à tous les utilisateurs d'ordinateurs disposant d'une connexion Internet, ce qui correspond à une partie importante du public⁵². La condition est par conséquent remplie.

Enfin, la définition indique également que la « transmission » d'une œuvre ne constitue pas une « publication ». Cette exclusion nous

apparaît comme un grand obstacle pour considérer les articles *on line* comme des œuvres publiées. Selon certains auteurs⁵³, les transmissions numériques ne doivent pas nécessairement être exclues. Pourrait-on considérer les mises en ligne des articles comme constituant davantage qu'une « simple » transmission ? Il nous semble que c'est le cas, les publications *on line* sont l'équivalent numérique des publications traditionnelles des journaux papiers. Elles font l'objet d'un processus d'édition et d'un contrôle éditorial, ce qui n'est pas le cas de toutes les transmissions.

2.1.2.b. Les articles des journaux *on line*, des publications dans le pays d'origine ?

La cour d'appel décide que le pays d'origine des articles de presse est la Belgique, puisqu'ils ont été publiés pour la première fois en Belgique (article 5 (4) a) de la Convention de Berne). Elle ne procède cependant pas à une analyse détaillée du lieu de la publication en l'espèce.

La question de localisation que l'on a posée plus haut à propos de l'acte d'exploitation illicite d'une œuvre sur Internet afin de déterminer la loi applicable pourrait à nouveau se poser à ce stade du raisonnement, mais cette fois à propos de la localisation de la publication de l'œuvre par l'auteur.

Doit-on prendre en compte le pays d'injection de l'œuvre par l'auteur sur internet ou bien celui de réception par le public ? Dans le présent litige, nous supposons que les serveurs des éditeurs belges sont situés dans leurs bureaux en Belgique. Les noms de domaines des sites web des journaux tels que *Le Soir* ou *La Libre Belgique* sont enregistrés sous «.be ». En outre, le public à qui est destinée l'œuvre est constitué des lecteurs belges, qu'ils soient loca-

⁴⁹ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n° 6.52, p. 277.

⁵⁰ Contra S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n° 6.59, p. 287, pour lesquels la seule mise à disposition sur un site web ne constitue pas une publication. Le site qui permettrait le téléchargement de l'article effectuerait par contre une publication, car le public peut conserver l'article sur un support, tel qu'un disque dur ou du papier. Selon nous cette distinction ne se justifie pas, car les articles de presse peuvent également être sauvegardés sur un format pérenne, tel qu'une impression papier ou une sauvegarde en format PDF.

⁵¹ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, op. cit., n° 49 ; proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques, soumise à l'examen de la conférence diplomatique, op. cit., n° 3.05, p. 18.

⁵² S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n° 6.60, p. 287.

⁵³ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, op. cit., n° 6.52, p. 277.

lisés en Belgique ou à l'étranger. Il nous semble dès lors que la cour a conclu à bon droit que les articles de presse en ligne ont été publiés pour la première fois en Belgique, puisque les lieux d'émission et de réception sont la Belgique.

Mais si les paramètres des sites des éditeurs avaient été quelque peu différents, peut-être que la conclusion aurait été moins facilement dégagée. Qu'en est-il du public des sites en «.com» ou des sites rédigés en anglais lus dans plusieurs pays? *Quid* du site web qui est hébergé sur un *cloud* dans lequel l'auteur peut insérer des œuvres quel que soit son emplacement géographique? Devrait-on prendre en compte la nationalité de la société qui l'héberge? Cela risquerait de situer la publication dans un pays qui serait en définitive étranger à l'auteur. On peut imaginer que dans de tels cas de figure, le juge aurait éprouvé plus de difficultés à considérer la Belgique comme pays d'origine. Dans certaines circonstances, il sera peut-être tenté de localiser la publication dans plusieurs pays.

Pour identifier le pays d'origine en cas de première publication dans plusieurs pays⁵⁴, la Convention de Berne dispose que si ces pays admettent des durées de protection différentes, alors le pays d'origine est «celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue» (article 5 (4) a) *in fine*). Ce recours au pays dans lequel la durée de protection est la plus courte a été qualifié par la doctrine de «critère d'appoint»⁵⁵. Ce critère ne résout pas les difficultés d'identification du pays d'origine, au contraire il en fait surgir d'autres⁵⁶. Par exemple qu'en est-il si les pays

ont tous la même durée de protection? Ne seront-ce dès lors pas toujours les mêmes pays qui seraient choisis, ceux offrant une durée de protection plus courte (et donc en cela moins favorable aux auteurs)?

Au regard des obstacles annoncés dans le cas où l'on estime que le pays d'origine est celui de la première publication de l'œuvre, il serait peut être plus commode de dire que le pays d'origine des publications *on line* est celui dont l'auteur est ressortissant.

2.1.2.c. La nationalité des auteurs

La cour a décidé que les articles de presse sont des publications dans le pays d'origine (la Belgique), aux termes de l'article 5 (4) a) de la Convention de Berne. À considérer, à l'instar de la doctrine citée *supra*, que la diffusion d'un article sur Internet ne constitue pas une «œuvre publiée» au sens de la Convention, la solution de la cour n'en serait cependant pas compromise. En effet, en vertu de l'article 5 (4) c) de la Convention de Berne, pour les œuvres non publiées, le pays d'origine est celui dont l'auteur est ressortissant⁵⁷.

Puisque l'on suppose que les auteurs des articles de presse sont belges, la Belgique serait donc à nouveau considérée comme étant le pays d'origine des œuvres.

Dans d'autres circonstances que celles de l'espèce, la détermination de la nationalité de l'auteur n'est cependant pas sans problème. On pense par exemple aux cas d'articles écrits en collaboration, alors que les auteurs sont situés dans différents pays, ou au cas de changement

⁵⁴ La Convention de Berne stipule qu'une œuvre est publiée simultanément dans plusieurs pays lorsqu'elle «a paru dans deux ou plusieurs pays dans les trente jours de sa première publication», article 3 (4).

⁵⁵ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1283, p. 933.

⁵⁶ S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*,

op. cit., n°s 6.59 et s., pp. 286 et s.

⁵⁷ Les auteurs qui n'ont pas la nationalité d'un pays de l'Union de Berne mais qui y résident sont assimilés aux ressortissants unionistes (article 3 (2) de la Convention de Berne). Voy. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n°s 1203 à 1205, pp. 862 et 863, ainsi que les n°s 1284 et 1285, p. 934.

de résidence ou de nationalité des auteurs. Ces problèmes ne sont pas nécessairement propres à l'exploitation des œuvres sur Internet. Nous renvoyons à la doctrine à ce sujet⁵⁸.

2.1.2.d. L'application du droit belge

Pour la cour d'appel, la Convention de Berne n'entend pas s'appliquer au cas d'espèce, car il n'était pas dans l'intention de ses rédacteurs de la faire intervenir dans le pays d'origine⁵⁹. En vertu de l'article 5 (3) de la Convention de Berne, dans le pays d'origine de l'œuvre, la protection est réglée par la législation nationale (*cf. supra*). Cela fait dire à certains auteurs que la Convention pourrait renvoyer entre autres aux règles nationales de droit international privé⁶⁰.

La Belgique dispose d'un Code de droit international privé (« Codip ») depuis 2004⁶¹. Les dispositions en matière de propriété intellectuelle y sont similaires à l'article 5 (2) de la Convention de Berne⁶². En effet, le Codip stipule que les droits intellectuels sont régis par le droit de l'État pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée (article 93 du

Codip). Mais en vertu du principe de l'application directe des règlements européens dans les États membres, les cours et tribunaux doivent appliquer le règlement Rome II qui supplante le droit belge⁶³.

Comme on en parlera ci-dessous, le règlement Rome II contient des dispositions spécifiques aux droits intellectuels (article 8 (1)) : « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ». Tout comme dans l'article 5 (2) de la Convention de Berne (et l'article 93 (1) du Codip), c'est la *lex loci protectionis* qui est privilégiée. La portée de cette loi est sujette à discussion, nous l'avons abordée au point 2.1.1. ci-dessus.

La cour ne va pas appliquer les règles de droit international privé belge, comme suggéré par la doctrine, mais directement le droit interne, soit la LDA. Lorsque la cour analyse les solutions du règlement Rome II, ce n'est pas dans le but de déterminer la loi applicable selon le droit belge. Elle s'interroge sur Rome II car elle se dit qu'elle serait potentiellement en présence d'un délit complexe et que seul ce texte comprendrait des règles suffisamment claires à ce sujet.

2.2. Un détournement par le règlement Rome II

La cour va envisager l'hypothèse selon laquelle le lieu de l'injection des articles dans les serveurs de Google doit être pris en compte pour la détermination du lieu du fait dommageable, bien que – comme on l'a vu ci-dessus – elle favorise la thèse de la réception de l'œuvre par le public. Selon la cour, si l'on doit prendre

⁵⁸ Voy. les questions posées par S. RICKETSON et J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, *op. cit.*, n° 6.57 et s., pp. 283 et s.

⁵⁹ F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, n° 763, pp. 609 à 610.

⁶⁰ N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 869, p. 500; J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, p. 510; Y. GAUBIAC, « La Convention de Berne, encore méconnue », *op. cit.*, n° 22, p. 16; J. C. GINSBURG, « Conflict of Laws in the Google Book Search : A View From Abroad », *op. cit.*

⁶¹ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé.

⁶² A. CRUQUENAIRE, « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *op. cit.*, p. 211; B. VAN ASBROECK et M. COCK, « La loi applicable, les aspects de droit international privé et la bande dessinée en Belgique », *op. cit.*, pp. 196, 197 et 207; A. PUTTEMANS, « Les droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé », *op. cit.*, n° 20, p. 621.

⁶³ J.-L. VAN BOXSTAELE, « Le Code de droit international privé », *Rép. Not.*, t. XVIII, livre 0, 2010, p. 30. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), *J.O. L* 199/40 du 31 juillet 2007, art. 8.

en considération le lieu de l'injection, on serait en présence d'un « délit complexe » puisque les lieux de la faute et du dommage seraient situés dans des pays différents. La cour se tourne vers le règlement Rome II, à supposer que la Convention de Berne ne contienne pas de références suffisamment claires pour résoudre le conflit de lois dans le cadre d'un délit complexe⁶⁴.

La cour d'appel ne se réfère pas à la règle spécifique de conflit de lois pour les droits intellectuels du règlement Rome II, ni à celle du Codip. En effet, ces références sont identiques à celles de la Convention de Berne et renvoient à la *lex loci protectionis*⁶⁵.

Ces règles ne donneraient donc pas plus de précisions que celles de la Convention de Berne dans le cas d'un délit complexe.

La cour se réfère dès lors à la règle générale du règlement Rome II qui prend notamment en compte l'hypothèse des délits complexes. Cette référence n'est pas pleinement satisfaisante. Tout d'abord, faire abstraction des règles de conflit de lois spécifiques à une matière pour se tourner vers une règle générale est critiquable. Ensuite, le règlement Rome II était inapplicable en l'espèce. En effet, ce règlement est entré en vigueur le 11 janvier 2009, soit après la citation que les intimées ont introduite le 3 août 2006. Le règlement Rome II n'était donc pas en vigueur à l'époque des faits. La cour ne fonde pas son raisonnement sur le règlement; elle ne s'en sert qu'à titre d'éclairage de son analyse de la Convention de Berne,

éclairage qui ne pourrait donc pas être valablement contesté⁶⁶.

La cour d'appel observe que la règle générale du règlement Rome II retient la compétence du pays où le dommage survient, soit la *lex loci damni* (article 4 (1) du règlement Rome II). Toutefois, en cas de délit complexe, le règlement prévoit que c'est la loi du pays qui présente des liens manifestement plus étroits avec le fait dommageable qui s'applique (article 4 (3) du Règlement Rome II). Pour la cour, selon cette disposition, c'est la loi belge qui serait choisie, car le site Google News diffuse les œuvres vers la Belgique. La cour n'énonce pas explicitement les liens vers la Belgique, elle renvoie à ce qu'elle a dit précédemment, donc notamment au raisonnement de la cour d'appel de Paris dans l'affaire *S.A.I.F.* (*cfr. infra*) qui a décidé que le lieu de connexion et de réception voulu par le moteur de recherche constitue un critère de proximité substantiel.

Enfin, nous constatons que le détour par le règlement Rome II dirige la cour vers la même solution que celle à laquelle elle avait aboutie en se référant à la Convention de Berne: la loi belge est d'application.

3. LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Trois affaires françaises assez médiatisées ont posé la question de la loi applicable en cas d'atteinte à un droit d'auteur sur Internet. La comparaison avec l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles est intéressante puisque les situations de faits se ressemblent.

⁶⁴ Le règlement Rome II a un caractère universel, c'est-à-dire que la loi désignée s'applique même s'il s'agit de la loi d'un État tiers à l'Union européenne (article 3 du règlement).

⁶⁵ Selon le considérant 26 du règlement Rome II, ce principe de la *lex loci protectionis* est universellement reconnu en ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

⁶⁶ Si le règlement Rome II avait été en vigueur au moment des faits, nous nous demandons si la cour d'appel n'aurait pas dû l'appliquer de manière plus contraignante qu'à seul titre d'éclairage de la Convention de Berne. En effet, nous avons vu dans les développements précédents que la protection en Belgique est régie par la loi belge. Pour certains commentateurs, il pourrait donc éventuellement être soutenu que la Convention de Berne renvoie également aux règles belges de droit international privé. La cour aurait dès lors été obligée d'appliquer le règlement Rome II. Voy. point 2.1.2.d., *supra*.

La première décision française du genre a choisi d'appliquer la loi du fait générateur. C'était la décision du tribunal de grande instance de Paris en 2008 dans l'affaire *S.A.I.F.*⁶⁷ Les cours et tribunaux français ont depuis lors, petit à petit, appliqué la loi du lieu ayant les liens les plus étroits avec le litige.

3.1. Évolution jurisprudentielle

3.1.1. Affaire *S.A.I.F.*

L'affaire *S.A.I.F.* portait sur la reproduction d'images par Google dans Google Images⁶⁸. Les faits étaient similaires à ceux du présent litige (contrairement aux faits de l'arrêt *Lamore*) : les auteurs des images étaient de nationalité française, le lieu de publication des œuvres était la France et l'action était portée devant la justice française. Les faits générateurs s'étaient quant à eux, selon Google, déroulés aux États-Unis, puisque les serveurs de Google sont situés en Californie, et que la technologie du moteur de recherches Google Images appartient à la société Google Inc. dont le siège social est situé aux États-Unis.

Le 20 mai 2008, le tribunal de grande instance de Paris a retenu l'application de la loi américaine en vertu de l'article 5 (2) de la Convention de Berne. Il a donc fait application du *fair use* et a décidé qu'au regard de cette exception de la loi américaine, aucune contrefaçon des photographies n'avait été commise. La volonté du tribunal était de se conformer à l'interprétation de la Cour de cassation (l'arrêt *Lamore*) qui consacrait la loi du pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements incriminés⁶⁹. La décision a été mal accueillie par la doctrine⁷⁰.

La tendance s'est ensuite inversée, car le jugement a été réformé le 26 janvier 2011⁷¹. La cour d'appel de Paris reconnaît que la loi compétente est bien celle du pays pour lequel la protection est réclamée, en vertu de l'article 5 (2) de la Convention de Berne. Mais afin de déterminer cette loi, la cour ne retient pas nécessairement le lieu des agissements délictueux. Elle va rechercher le lieu qui entretient un lien de proximité substantiel avec le litige. Elle fait remarquer que la France s'avère incontestablement visée par Google comme le pays où les images peuvent être visualisées. Le critère de rattachement choisi par la cour est donc le lieu de la réception des images par les internautes car ce lieu constitue «un critère de proximité substantiel» qui est selon elle «manifestement plus pertinent» que celui des faits générateurs.

3.1.2. Affaire *Google Book Search*

Le 18 décembre 2009, soit après la décision de première instance dans l'affaire *S.A.I.F.* et avant la sortie de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, le tribunal de grande instance de Paris a rendu son jugement dans l'affaire *Google Book Search*⁷². Cette affaire a été engagée par le groupe d'édition la Martinière, le Syndicat national de l'édition et la Société des gens de lettres de France contre le moteur de recherches de livres de Google.

Le tribunal a rejeté l'application de la loi américaine invoquée par la société californienne sur la base de l'article 5 (2) de la Convention de Berne. Le tribunal se garde de toute référence à l'article 5 (2). Sans citer de base légale, il énonce que la loi applicable est celle du lieu où le fait dommageable s'est

⁶⁷ TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*

⁶⁸ TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*

⁶⁹ Cass. fr., 30 janvier 2007, *op. cit.*

⁷⁰ J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *R.D.T.I.*, *op. cit.*, p. 510.

⁷¹ Paris, 26 janvier 2011, *op. cit.*

⁷² TGI Paris, 18 décembre 2009, *op. cit.*; A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», *op. cit.*, n° 247, pp. 465 à 468; A. SINGH, «"Google Books": morceaux choisis», *op. cit.*, pp. 6 à 11.

produit, ce lieu pouvant être le pays du fait générateur du dommage (loi du pays d'émission) ou celui de sa réalisation (loi des pays de réception). Le tribunal ne choisit pas entre ces deux lieux. Il s'en remet en définitive au principe de proximité et décide d'appliquer la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le litige. Selon le juge français, le nombre important d'éléments rattachant le litige à la France justifie l'application de la loi française. Google a interjeté appel de cette décision le 21 janvier 2010.

3.1.3. Affaire *Google Image c. Aufeminin.com et autres*

Enfin, le 4 février 2011, la cour d'appel de Paris a également choisi le critère de la loi qui entretient un lien de proximité avec le litige. Cette affaire mettait en cause un photographe contre Google concernant son service Google Images et la société Aufeminin.com pour la reproduction d'une photographie de Patrick Bruel sur leurs sites. La cour d'appel de Paris a décidé que les services mis en place par Google tendent à produire leurs effets en France (services en français accessibles au public français et principalement destinés à ce public). Tout comme cela a été jugé dans l'arrêt *S.A.I.F.*, le lieu de réception des services de Google par les internautes caractérise «un lien de rattachement substantiel avec la France qui commande l'application de la loi française». La thèse de Google soutenant que la loi applicable est celle du pays où les agissements se sont produits (par application de l'article 5 (2) de la Convention de Berne) est écartée.

3.2. Analyse comparative avec l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles

Force est tout d'abord de constater que lorsque l'on parle de loi applicable en matière de droit d'auteur sur Internet, le géant américain n'est pas loin.

3.2.1. Plus d'application de l'article 5 (2) de la Convention de Berne tel qu'interprété par la Cour de cassation

Dans les différentes décisions que l'on a évoquées, Google a toujours invoqué l'application de la loi américaine en vertu de l'article 5 (2) de la Convention de Berne.

Comme expliqué ci-dessus, selon Google et conformément à l'arrêt *Lamore*, la *lex loci protectionis* désignée par l'article 5 (2) est la loi du pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements litigieux (loi du pays d'émission/de l'injection des œuvres sur Internet), soit le droit américain. Cette définition accréditée par le tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *S.A.I.F.* avait été largement critiquée par la doctrine⁷³.

Depuis le jugement *S.A.I.F.* du tribunal de grande instance, cette définition de la notion de *lex loci protectionis* n'est plus retenue par la jurisprudence. En outre, le moteur de recherche n'a plus réussi à faire prévaloir la loi américaine devant les tribunaux français.

3.2.2. Pas d'application de l'article 5 (3) de la Convention de Berne

Contrairement à ce qui a été décidé dans l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, les décisions françaises n'ont jamais fait référence à l'article 5 (3) de la Convention de Berne pour conclure que la contrefaçon était régie par la loi nationale. Elles arrivent au même résultat (choix de la loi nationale), mais en suivant un autre raisonnement (choix de la loi du lieu qui entretient le plus de proximité avec le dommage).

Pourtant les faits en cause sont similaires. Nous ne connaissons pas tous les détails des faits

⁷³ Y. GAUBIAC, «La Convention de Berne, encore méconnue», *op. cit.*, pp. 12 à 18; J. C. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, pp. 508 à 520.

des litiges, mais il nous semble que les œuvres ont été publiées pour la première fois sur le territoire français (ou du moins par des auteurs français), ce qui permettrait de conclure que les œuvres ont été publiées pour la première fois dans le pays d'origine. Dès lors que leur protection est demandée devant les cours et tribunaux français, le recours à l'article 5 (3) qui renvoie à la législation nationale aurait pu être approuvé.

Mais dans un tel contexte de contrefaçon sur internet, sommes-nous réellement en présence d'une situation purement interne au droit français⁷⁴? On en revient à l'argument d'André Lucas, pour lequel il est naturel en droit d'auteur de prendre en compte le lieu de commission de l'acte déclenchant la contrefaçon et qu'en conséquence on ne peut faire abstraction du lieu du fait générateur pour choisir la loi applicable à la situation litigieuse⁷⁵.

En préférant le principe de proximité, les juges français laissent une place dans l'appréciation de la loi applicable à la loi du pays de l'émission.

3.2.3. Prévalence du principe de proximité et de la loi du pays de réception

Les décisions françaises les plus récentes tournent le dos à l'application unique de la loi du lieu des agissements litigieux défendue par Google. La jurisprudence française applique désormais la loi du lieu qui entretient un lien de proximité substantiel avec le litige. Les lois du lieu de l'émission et de réception sont en quelque sorte mises sur pied d'égalité⁷⁶. Après avoir énuméré les différents éléments de ratta-

chement, les décisions soumettent les litiges à la loi française⁷⁷. Pour certains, cette solution doit être approuvée⁷⁸.

Le lien substantiel choisi par les juges est en définitive le lieu de réception des œuvres par le public, ce qui nous semble raisonnable. Le pays des agissements litigieux est écarté. En cela, les courants jurisprudentiels belges et français choisissent le même critère de rattachement, bien que ce choix soit réalisé sur la base de principes différents.

Le principe de proximité – déjà utilisé par le passé dans la jurisprudence française – ne découle pas de la Convention de Berne, ni d'une disposition de droit international privé français. On le retrouve par contre dans le règlement Rome II: s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des «liens manifestement étroits» avec un autre pays, c'est la loi de ce pays qu'il faut appliquer (article 4 (3) du règlement Rome II, *cfr. supra*).

Selon l'exposé des motifs de la proposition de règlement Rome II, l'objectif poursuivi par cette disposition est «d'introduire une certaine flexibilité, permettant au juge d'adapter la règle rigide à un cas individuel pour appliquer la loi qui correspond au centre de gravité de la situation»⁷⁹. Cette disposition générale du règlement a un caractère exceptionnel et ne doit jouer que lorsque les circonstances parti-

⁷⁴ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 1308, p. 948, *in fine*.

⁷⁵ A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», op. cit., n° 247, p. 467.

⁷⁶ A. SINGH, «"Google Books": morceaux choisis», op. cit., p. 8.

⁷⁷ Pour une appréciation des critères de proximité retenus par les différentes juridictions, voy. A. SINGH, «"Google Books": morceaux choisis», *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, op. cit., p. 9; A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», op. cit., n° 247, p. 468.

⁷⁸ A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», op. cit., n° 247, pp. 465 à 468; A. STROWEL, *Quand Google défie le droit*, op. cit., p. 38.

⁷⁹ Exposé des motifs de la proposition de règlement du 22 juillet 2003, Doc. Com (2003) 427 final, article 3 (3), p. 13.

culières de l'espèce démontrent le caractère inopportun du rattachement à la loi du pays où le dommage survient qui est la règle de rattachement principal du règlement Rome II (article 4 (1))⁸⁰.

Le recours à ce principe a l'avantage d'échapper à la difficulté d'identifier l'origine géographique du fait générateur ou du lieu du dommage lorsque ces lieux sont multiples; ce qui est bien souvent le cas dans les techniques de communication actuelles telles que par exemple le *cloud computing*. En outre, comme expliqué ci-dessus par rapport au refus d'appliquer la loi du pays d'émission, nous pensons que le principe de proximité a le mérite d'éviter le déplacement géographique des contrefacteurs vers des pays qui offrent une moindre protection aux auteurs⁸¹.

Mais le critère de proximité a également ses désavantages. Les liens de proximité étant appréciés au cas par cas par le juge, le choix de la loi applicable est relativement imprévisible. Il est dès lors plus complexe pour les exploitants souhaitant diffuser des œuvres à l'échelle mondiale de prévoir le droit applicable à leurs activités⁸².

CONCLUSION

La conclusion de ce commentaire pourrait tout simplement être la suivante: qu'importe la disposition invoquée par les parties dans les différentes affaires passées en revue, tous les

chemins mènent le juge à l'application de la loi nationale.

La cour d'appel de Bruxelles a décidé dans le cas d'espèce que les articles devaient être considérés comme des œuvres publiées pour la première fois dans le pays d'origine (la Belgique) et que dès lors l'article 5 (3) de la Convention de Berne lui commandait d'appliquer la loi belge. La doctrine n'est pas vraiment encline à considérer les transmissions numériques comme des œuvres publiées au sens de la Convention de Berne. Nous avons cependant tenté de démontrer que tel pouvait être le cas pour les articles de presse dont il était question. Nous avons également mis en exergue certaines difficultés liées à l'identification du pays d'origine de l'œuvre publiée. Quoiqu'il en soit, les auteurs étant présumés être de nationalité belge, les articles de presse pouvaient à juste titre être considérés par la cour comme des œuvres publiées pour la première fois en Belgique.

La cour manifeste nettement sa préférence envers la loi du pays de réception par le public des œuvres diffusées par Google et c'est heureux. Cette loi a en effet l'avantage d'éviter une délocalisation des contrefacteurs dans des «paradis du droit d'auteur» qui protégeraient moins bien les auteurs. Une partie de la doctrine estime cependant que bien que les œuvres aient été reçues en Belgique, l'acte qui porte atteinte au droit d'auteur est situé en amont au niveau de la mise à disposition des œuvres sur les serveurs de Google.

La cour prend également en compte le fait que la situation pourrait être qualifiée de complexe. Elle décide de raisonner par rapport au règlement Rome II qui stipule notamment que dans le cas d'un délit complexe, il y a lieu de se référer à la loi du pays avec lequel le fait dommageable présente les liens manifestement plus étroits. La cour déduit alors qu'il s'agit de la Belgique, pays de réception visé par Google.

⁸⁰ A. NUYTS, «La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le Règlement Rome II», *RDC*, 06/2008, p. 489.

⁸¹ A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», *op. cit.*, n° 247, p. 467; J. GINSBURG, note d'observations sous TGI Paris, 20 mai 2008, *op. cit.*, p. 514; A. CRUQUENAIRE, «La loi applicable au droit d'auteur: état de la question et perspectives», *op. cit.*, p. 218.

⁸² A. LUCAS, «La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur», *op. cit.*, n° 247, p. 468; A. SINGH, «Google Books»: morceaux choisis», *op. cit.*, p. 9.

JURISPRUDENCE

La cour ne répond pas à l'intéressante question posée par la doctrine qui est de savoir si, en renvoyant à la loi nationale, la Convention de Berne renvoie également aux règles de droit international privé belges. À moins que ce silence ne signifie un renvoi direct au droit matériel belge ?

En France, par contre, les cours et tribunaux ne font pas mention de l'article 5 (3) de la Convention de Berne. La tendance jurisprudentielle a changé depuis la décision de grande instance dans l'affaire *S.A.I.F.*, désormais c'est le critère de proximité avec le dommage qui reçoit les faveurs des juges. Ce critère a notamment l'avantage de réaliser un équilibre entre le(s) lieu(x) des faits à l'origine du dommage et ceux du dommage lui-même. Il aurait donc le mérite de rapprocher les deux courants doctrinaux (pays de l'injection sur le réseau ou de la réception par le public). Le principe de proximité a toutefois comme défaut un manque de sécurité juridique puisqu'il fluctue selon les circonstances de fait et risque d'être difficilement

prévisible pour les acteurs de l'Internet. Dans chacune des affaires françaises que nous avons analysées, le lien de proximité résidait dans le public visé par les sites de Google.

Il se dégage donc actuellement un courant jurisprudentiel en faveur de la théorie de la loi du pays de réception, que ce soit sur la base de l'article 5 (3) de la Convention de Berne ou sur celle du principe de proximité.

À la lecture de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, on constate enfin que la cour invite à de nombreuses reprises Google et les sociétés de gestion collective à conclure un accord général raisonnable. Aujourd'hui, les parties continuent à négocier. Mais la saga judiciaire continue, l'audience d'introduction de la procédure en réparation aura lieu en septembre 2011. Assistera-t-on après les tentatives de *Google Books Settlement*, à la conclusion d'un *Google Newspaper Settlement* ?

Amélie DE FRANQUEN